

Breves Apontamentos sobre a Reforma dos Crimes contra a Dignidade Sexual da Pessoa Humana*

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.
Professor da Escola da Magistratura e Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal (EMERJ).*

1. A liberdade é um poder de autodeterminação, em razão do qual a pessoa humana escolhe por si própria seu comportamento pessoal. A *liberdade sexual*, entendida como uma de suas mais importantes expressões, referida ao exercício da sua própria sexualidade, se constitui no direito de exercê-la em liberdade.

2. Note-se que se cogita de um valor intrinsecamente individual desconectado de fundamentos ético-sociais ou de sentimentos gerais de moralidade sexual.

3. A conduta sexual entre *adultos* é garantida desde que realizada entre *adultos* com pleno consentimento e sua realização ocorra no âmbito privado.

4. Nos tempos atuais, diante de uma função exclusiva de tutela subsidiária dos bens jurídicos, deixa de estar legitimada a

*Palestra proferida no seminário *A Nova Lei do Mandado de Segurança e a Nova Lei dos Crimes Sexuais*, sobre “Crimes contra a Dignidade Sexual”, para Juízes na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 13.11.2009.

intervenção penal para a tutela moral com a transformação plena dos costumes no âmbito da sexualidade, que é deslocada para a proteção da pessoa humana e garantida a sua liberdade de atuar no Estado de Direito, democrático, laico e pluralista.¹

5. É uma longa trajetória para que se compreenda a liberdade sexual como um bem jurídico individual não iluminado por bens jurídicos supraindividuais da macrosociedade ou do Estado.

6. Embora o anteprojeto de 1999 já registrasse a *liberdade* sexual como uma das manifestações de *liberdade humana* no âmbito do exercício da própria sexualidade, e, de outro modo, da disposição do próprio corpo, a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005 (*Reforma de 2005*), de caráter pontual, com acertada opção político-criminal discriminatória, continuava a tutelar a liberdade sexual, a moralidade pública, os bons costumes e o pudor público, mantendo o título “Dos Crimes contra os Costumes”, perdendo a oportunidade de separar os tipos de *injusto contra a liberdade sexual* praticados por adultos sem a sua consensualidade com os praticados contra menores, bem como os contra a dignidade da pessoa humana.² A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), sob o título “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, repagina corretamente a moldura abstrata penal, sem perder o desenho normativo anterior, sob o *nomen iuris* de estupro, e atende aos reclamos doutrinários e em adequação aos diplomas penais contemporâneos, fazendo mais do que uma mera fusão dos textos anteriores sob as rubricas laterais de estupro e atentado violento

¹ Neste sentido: Francisco Muños Conde, *Derecho Penal*, Parte Especial, 11ª ed., Valência, *tirant lo blanch*, 1996, 175-181, e Jorge Figueiredo Dias, “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Coimbra, 1999, I, 441-443.

² O *Código Penal português* (1995) trata “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” (arts. 163 a 179); o *Código Penal espanhol* (1995) cuida dos “Delitos contra a liberdade sexual” (arts. 178 a 194); o *Código Penal argentino* (Lei no 25.087/99) mudou a rubrica para “Delitos contra a integridade sexual”; o *Código Penal alemão* (1998) diz “Fatos puníveis contra a autodeterminação sexual (§§ 174 1 184c) e o *Código Penal francês* trata na seção “Das agressões sexuais” (arts. 222-22 a 222-23) e no dos “Delitos contra a dignidade e a liberdade das pessoas, do proxenetismo e infrações análogas”.

ao pudor, vencendo intermináveis discussões pretorianas em relação ao cúmulo real e ao reconhecimento do crime continuado, o que condizia com respostas penais violadoras do princípio da proporcionalidade.

7. Assim, sob a regência reitora do verbo “constranger”, se criminaliza na mesma esfera de âmbito quem, mediante violência ou grave ameaça, na primeira modalidade, “a ter conjunção carnal” (*introductio penis intra vas*) e, na segunda, “praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Não mais se questiona se o sujeito passivo é homem ou mulher.³ Na direção do escopo da *Reforma de 2009*, são criadas duas qualificadoras: a) se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze); b) se da conduta resulta morte.

8. A *Reforma de 2009*, em breves linhas gerais, atendendo aos reclames da sociedade contemporânea, no capítulo pertinente aos injustos contra a *liberdade sexual*, passou a elencar: a) o estupro;⁴ b) a violação sexual mediante fraude;⁵ c) o assédio sexual.⁶ Cria o capítulo “*Dos crimes sexuais contra vulnerável*” - menor de 14 (catorze) anos - com as figuras: a) do estupro de vulnerável;⁷ b) satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente;⁸ c) favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de vulnerável.⁹ Dá nova redação no capítulo “*Do lenocínio e do tráfico de pessoa para o fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual*”, com destaque: a) favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual;¹⁰ b) casa de prostituição;¹¹ c) rufianismo;¹² d) tráfico internacio-

³ Art. 7º da Lei no 12.015, de 7.8.2009.

⁴ Art. 213 do CP.

⁵ Art. 215 do CP.

⁶ Art. 216-A do CP.

⁷ Art. 217-A do CP.

⁸ Art. 218-A do CP.

⁹ Art. 218-B do CP.

¹⁰ Art. 228 do CP.

¹¹ Art. 229 do CP.

¹² Art. 230 do CP.

nal de pessoa para o fim de exploração sexual;¹³ e) tráfico interno de pessoa para o fim de exploração sexual.¹⁴ No elenco dos injustos contra a dignidade sexual, continuam inseridos: a) ato obsceno;¹⁵ b) escrito ou objeto obsceno.¹⁶

9. A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), objetivando reforçar a proteção da vítima vulnerável no amplo espectro da dignidade humana, cria três tipos penais: a) estupro de vulnerável;¹⁷ b) satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente;¹⁸ c) favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável;¹⁹ e, no seu art. 5º, acrescenta o art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, revogando a Lei nº 2.254, de 1º de julho de 1954, ao alargar o núcleo protetivo normativo de “quem pratica as condutas tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet”,²⁰ com a causa de especial aumento de pena de uma terça parte quando o injusto for do tipo das equiparadas aos hediondos.²¹

10. O objeto jurídico da tutela é a liberdade e autodeterminação sexual dos menores, em razão da faixa etária da vítima - de 14 (catorze) anos de idade -, mesmo com o consentimento expresso ou tácito, visto que pode prejudicar gravemente o livre desenvolvimento de sua personalidade.

11. No injusto do tipo de corrupção de menores, o agente induz pessoa menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem (uma ou várias pessoas determinadas), ficando excluída a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, mas não atos provocativos de excitação sexual (*striptease*, automasturbação, desfilarnu), não devendo ocorrer o toque corporal.

¹³ Art. 231 do CP.

¹⁴ Art. 231-A do CP.

¹⁵ Art. 233 do CP.

¹⁶ Art. 234 do CP.

¹⁷ Art. 217-B do CP.

¹⁸ Art. 218-A do CP.

¹⁹ Art. 218-B do CP.

²⁰ Art. 244-B, § 1º, ECA.

²¹ Art. 244-B, § 2º, ECA.

12. *Na satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente*, o sujeito ativo pratica (realizar) na presença do menor de 14 (catorze) anos ou o induz (estimular, incentivar, fazer gerar a vontade) a presenciar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer a sua lascívia própria ou de outrem. São atos sexuais praticados perante o menor independentemente de o seu corpo ser tocado, constituindo-se em novo tipo autônomo, com maior desvalor da conduta. Cogita-se de induzir o menor de 14 (catorze) anos, para a satisfação da lascívia do agente, a assistir à sua conjunção carnal ou à prática de outros atos libidinosos.

13. É necessário que o agente tenha conhecimento da idade da vítima (pelo menos pela aparência), caso contrário, diante do erro de tipo, transmuda-se para o injusto do tipo de mediação para servir a lascívia de outrem.²²

14. São criadas duas novas causas de aumento de pena: a) se do crime resultar gravidez, e se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. Desaparece a “presunção de violência” e surgem as formas qualificadas quando se tratar de maior de 14 (catorze) ou menor de 18 (dezoito) anos, e, ainda, como majorantes típicas, quando menor de 18 (dezoito) anos, pessoa vulnerável, ou se o fato for cometido por quem tem relação de parentesco ou assumiu obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

15. Com a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), nos crimes sexuais definidos nos Capítulos I (estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual) e II (corrupção de menores), procede-se mediante *ação penal de iniciativa pública condicionada à representação* - livre manifestação da vontade da pessoa maior de 18 (dezoito) anos. Mantidos os fundamentos da prevalência do interesse privado de resguardar a intimidade na esfera de âmbito da sexualidade, diante do princípio da isonomia, a vítima não fica mais condicionada a suficiência de recursos para poder ou não arcar com as custas do processo.

²²Art. 227 do CP.

16. Na hipótese de a vítima ser *menor* de 18 (dezoito) anos ou *pessoa vulnerável*, procede-se mediante ação penal de iniciativa pública incondicionada.

17. No que tange à ação penal, a *Reforma de 2009* corrigiu as velhas distorções, riscando a oferta da ação penal de iniciativa privada e, no caso de pessoa adulta e capaz, a possibilidade de representar, observada a sua esfera de interesse, bem como, já salientamos, afastando também a discussão sobre o seu *estado de pobreza*. A ação penal é de iniciativa pública na hipótese de vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. Assim, fica preservada a possibilidade da propositura de ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública diante de inércia na iniciativa do Ministério Público.

18. A nosso sentir, ficou preservada a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal (“No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”). Não é admissível que, na hipótese da forma qualificada do resultado *morte*, sendo a vítima *adulta e capaz*, no injusto do tipo de estupro, ficasse o autor impune, pois quem iria representar ?

19. No que concerne à aplicação da lei penal mais favorável²³ de forma retroativa, diante da construção típica normativa ditada pela *Reforma de 2009*, a competência será do juiz da execução.²⁴

20. Com acerto, “Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça”²⁵, em plena consonância com o art. 201, § 6º, do Código de Processo Penal, diante do texto acrescentado pela Lei nº 11.690, de 9 de julho de 2008 (“O juiz tomará providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça, em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição nos meios de comunicação”). O *segredo de justiça* passa a ser obrigatório em relação aos injustos penais praticados contra a dignidade sexual.

²³ Art. 5º, XL, CF/88.

²⁴ Art. 66, I, LEP.

²⁵ Art. 234-B do CP.

21. Num paralelo entre a dimensão normativa do Código de 1940 e a ofertada pela edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), observamos radicais modificações diante da contextualização do tipo de injusto de *estupro* que abarca as figuras do *atentado violento ao pudor e do atentado ao pudor mediante fraude* e, com novas criminalizações alargadas quando praticadas contra pessoas consideradas vulneráveis, objetivando manter o mínimo de proporcionalidade e equilíbrio normativo, no modelo explicativo do mínimo ético diante da exigibilidade de reforço da tutela. As *formas qualificadas* passam a integrar os tipos de injustos pertinentes ao maior desvalor do resultado, fazendo desaparecer a presunção de inocência, com a figura da *pessoa vulnerável*, incluindo na esfera normativa: (a) ser a vítima menor de 14 (catorze) anos; ou (b) por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário (*rectus*: nenhum) discernimento para a prática do ato; ou (c) que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência, o que dá maior precisão técnica e evita o campo cinza das presunções do passado. Com uma nova moldura penal entendida e percebida como necessária e suficiente para inibir a prática delitiva mais desvalorada, dá-se uma maior segurança, evitando-se as interpretações pretorianas divergentes ao sabor de posições eventualmente moralistas ou religiosas dos operadores do direito.

22. O art. 226 do Código Penal, com a redação dada pela Lei no 11.106/2005 (*Reforma de 2005*), não foi revogado pelo art. 7º da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*).

23. São *majorantes*: a) de quarta parte, o crime cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; b) se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, tio, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título que tem autoridade sobre ela.²⁶

24. O legislador da *Reforma de 2005* fez suprimir a condição de “pai adotivo” na chamada *relação de parentesco com a vítima* do Código Penal de 1940, diante de sua incorporação na Carta de

²⁶Art. 226, I e II, CP.

1988 e com o tratamento conferido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em relação à adoção. No que tange ao *abuso de condições de autoridade*, foi inicialmente mantido o texto do Código Penal de 1940; todavia, a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), fez corretamente substituir a expressão mais genérica “ou por qualquer outro título que tem autoridade sobre a vítima” por “ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”, ao se referir às causas de aumento em tipologias específicas abrangidas neste Título. Não há mais razão de se questionar, diante da enumeração taxativa, se estão abrangidas pessoas do sexo feminino ou masculino.

25. Na *primeira hipótese* (a), há majoração, quando “cometido por duas ou mais pessoas”, pois existe maior desvalor do obrar típico diante da impossibilitação da capacidade de resistir e do maior trauma psíquico causado à vítima pela mecânica do tipo de injusto. Deve-se entender que a coparticipação é para a execução do estupro ou da violação sexual mediante fraude (pluralidade de agentes no local).²⁷ Todavia, a questão não é pacífica, pois há corrente que não exige a presença de todos os agentes nos atos de execução, bastando que os coautores ou partícipes tenham concorrido, de qualquer modo, para a realização,²⁸ em qualquer fase do injusto.²⁹

26. Na *segunda hipótese* (b), a majorante incide sobre a violação do dever de vigilância que flui da relação de parentesco ou autoridade para com a vítima (“se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”). A Lei nº 11.106/2005 (*Reforma de 2005*) passou a dar tratamento mais rigoroso à condição de cônjuge ou

²⁷ Neste sentido: Nélson Hungria, *op. cit.*, VIII, 71, 24, e Cezar Roberto Bitencourt, *op. cit.*, 4.1, 75.

²⁸ Luiz Regis Prado, *Comentários*, *cit.*, 1, 724; Guilherme de Souza Nucci, *op. cit.*, 18, 811; Heleno Cláudio Fragoso, *op. cit.*, 702, 44, sob o fundamento de que “a interpretação teleológica não permite passar sobre o texto de lei... se pretendesse exigir a presença de todos os atos de execução, poderia empregar uma fórmula semelhante à do art. 146, § 1º, CP”.

²⁹ Magalhães Noronha, *op. cit.*, v. 3, 233; Julio F. Mirabete, *op. cit.*, v. 2, 25.4.1, 457, e Damásio Evangelista de Jesus, *Código Penal Anotado*, *cit.*, 734.

companheiro, com a majorante da metade, e não mais da quarta parte, ao incluir no inciso II, e revogar o III (*ser o agente casado*), do art. 226 do Código Penal. A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), na questão pertinente à taxatividade da enumeração normativa, especificamente prevê como majorante nos injustos dos tipos de *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual*,³⁰ *rufianismo*,³¹ *tráfico internacional de pessoa para o fim de exploração sexual*,³² *tráfico interno de pessoa para o fim de exploração sexual*³³ (“Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma de cuidado, proteção ou vigilância”).

27. Finalmente, na terceira hipótese (c), a majorante especial prevista no art. 9º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos: “As penas fixadas no art. 6º, para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, mesmo rejeitado limite superior de 30 anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.” A posição pretoriana dominante era, antes da edição da Reforma de 2009, na direção de que a situação de ser a vítima, à época do ato, menor de catorze anos de idade tanto levava a (a) presumir a violência como também a (b) aumentar a pena privativa de liberdade aplicada de metade, por (a) ser circunstância elementar do tipo de injusto³⁴, bem como (b) majo-

³⁰ Art. 228, § 1º, CP.

³¹ Art. 230, § 1º, CP.

³² Art. 231, § 1º, CP.

³³ Art. 231-A, § 2º, III, CP.

³⁴ Arts. 213 e 214 do CP.

Jurisprudência firme antes da *Reforma de 2009*: “Penal. Processual Penal. *Habeas Corpus*. Estupro simples com violência presumida. Informativo 448 do STF. Crime hediondo. Ordem denegada. I - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que ‘os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples (Código Penal, arts. 213 e 214) como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, *caput* e parágrafo único), são crimes hediondos’. II - Ordem denegada, com observação” (STF, HC 93.794/RS, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.9.2008, DJU 24.10.2008).

rante prevista em norma especial.³⁵ A corrente então prevalente sustentava a coexistência do art. 224, alínea a, do Código Penal (ora revogado) com o art. 9º da *Lei dos Crimes Hediondos*, admitindo a *aplicação conjunta*, sob o argumento de que a condição do sujeito passivo não funcionaria duas vezes como agravado, mas, em um único tempo, integraria o dolo e exacerbaria a resposta penal.

28. A edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), pôs termo à divergência doutrinária e pretoriana, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passou a vigorar com a nova redação nos incisos V, estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º), e VI, estupro de vulnerável (art. 217, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º).³⁶ Com isso, aplicada ao estupro tanto no tipo fundamental (nas duas modalidades da construção típica), quanto nas duas formas qualificadas - resulta lesão corporal grave ou a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se da conduta resulta a morte -; o mesmo se diga em relação ao estupro de vulnerável (menor de 18 anos, pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tem o necessário (*rectus*: nenhum) discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência, bem como sofre lesão corporal de natureza grave, ou da conduta resulte a morte), respectivamente. Terminaram as dúvidas pertinentes ao estupro nas duas modalidades e no estupro de vulnerável. Diante da revogação dos arts. 223 e 224 do Código Penal de 1940 pelo art. 7º da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), não há mais o acréscimo especial de metade das penas fixadas.³⁷

³⁵ Art. 9º da Lei nº 8.072/90.

Jurisprudência firme antes da *Reforma de 2009*: “Penal. Crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Código Penal, arts. 213 e 214. Lei nº 8.072/90, redação da Lei nº 8.930/94, art. 1º, V e VI. I - Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples - Código Penal, arts. 213 e 214 - como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, *caput* e parágrafo único), são crimes hediondos. Lei nº 8.072/90, redação da Lei nº 8.930/94, art. 1º, V e VI. II - HC indeferido” (STF, HC 81.288/SC, 2a T., rel. Min. Mauricio Corrêa, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, j. 17.12.2001, DJU 25.4.2003, 34).

³⁶ Art. 4º da Lei nº 12.012, de 7.8.2009.

³⁷ Art. 9º da Lei nº 8.072, de 25.7.1990.

29. Foram revogados os arts. 214, 216, 223, 224 e 232 do Código Penal de 1940 e a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954.

30. A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), dá nova redação ao tipo de injusto de estupro, alargando a sua esfera de abrangência, ao admitir o homem e a mulher como sujeitos passivos, revogando o injusto do tipo de atentado violento ao pudor, abarcando num só tipo penal o *constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato de libidinagem*. Cria duas qualificadoras: a) se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos; b) se da conduta resulta morte.³⁸

31. A *Reforma de 2009*, buscando dar maior proteção à criança (até os 12 anos) e ao adolescente (até os 14 anos) tipificou sob o *nomen iuris* de “Estupro de vulnerável” o “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, incorrendo nas mesmas penas - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos -, “com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”, com as mesmas formas qualificadas e causas de aumento de pena pertinentes ao injusto do tipo de estupro.³⁹

32. Como vimos, o legislador pôs termo à discussão doutrinária e pretoriana pertinente à *presunção de violência*, se de natureza absoluta ou relativa, revogando o art. 224, *a*, do Código Penal de 1940. A justificativa do projeto de Reforma destaca a vulnerabilidade não só de crianças e adolescentes até os 14 (catorze) anos, mas também da pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e daquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência, não entrando no mérito da violência e sua *presunção*. A resistência se traduz na incapacidade, momentânea ou permanente, para a vítima formar e exprimir a sua vontade no sentido de dissentir ao ato sexual, do que se aproveita o agente.

³⁸ Art. 213, §§ 1º e 2º, CP.

³⁹ Art. 217-A, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, CP.

33. Situa-se a unificação no mesmo plano típico dos conceitos de *conjunção carnal* e *ato libidinoso* (coito vaginal, anal e oral), partindo-se do princípio de que inexistente distinção entre a ilicitude do ato com relação ao local da penetração realizada sem o consentimento da vítima, o que constitui constrangimento à liberdade sexual, sendo indiferente o sexo do sujeito passivo. Tal orientação é adotada pelo Código Penal francês, que entrou em vigor em 1º de março de 1994, no sentido de que a violação é definida como todo o ato de penetração sexual, de qualquer natureza, cometido sobre outra pessoa mediante violência, constrangimento, ameaça ou surpresa. Na mesma direção, a *reforma espanhola* de 1989, com a edição da Lei orgânica nº 10, de 25 de novembro de 1995, no Capítulo pertinente aos delitos contra a liberdade sexual e às agressões sexuais.⁴⁰ A segunda orientação é na direção de tipificar diversas formas dentro de uma construção casuística, observados os indicadores de violência e as consequências que possam prejudicar a vítima (modelo canadense). A terceira posição é a das *reformas italiana, de 1996, e alemã, de 1997*, unificando em um único tipo penal todas as formas de conjunção carnal e atos libidinosos. O *Código Penal português*⁴¹ dá alargamento ao conceito de violação, que passou a abranger, além da cópula e do coito anal, também o coito oral, seguindo a orientação do Código Penal francês e por ter entendido que as violações da liberdade sexual da vítima são igualmente intensas e estigmatizantes.

34. O objeto jurídico da tutela é a liberdade sexual e a autodeterminação da pessoa humana, observado o seu direito de dispor do uso de seu corpo no exercício pleno de sua sexualidade.

35. No estupro de vulnerável também se visa à proteção do desenvolvimento sexual quando se trata de criança ou adolescente até os 14 (catorze) anos de idade e alarga-se a esfera de proteção

⁴⁰ “Art. 178. El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia ou intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual...”; Art. 179. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o oral...; e abusos sexuales (“Art. 181.1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento realizó actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, será castigado como culpable de abuso sexual com pena...”)

⁴¹ O art. 163 do CP português tem denominação de coação sexual.

da liberdade sexual das pessoas portadoras de transtornos mentais sem nenhum discernimento para a prática do ato e as vitimizadas por abusos aos quais são incapazes de oferecer resistência.

36. A *Reforma de 2009*, que introduziu a figura pertinente ao injusto contra vulnerável, posiciona o objeto jurídico nos injustos contra a liberdade sexual das pessoas adultas, o *livre exercício do direito individual à sexualidade*, ao passo que, em relação à criança ou ao adolescente até os 14 (catorze) anos, como pessoa vulnerável o *desenvolvimento da vida sexual*.

37. O sujeito ativo é sempre o homem, na primeira modalidade que tem por finalidade a conjunção carnal, compreendida como o coito normal, que se consuma com a penetração do pênis no órgão sexual feminino. Na segunda modalidade, integradora da fusão de tipos (estupro e atentado violento ao pudor) será qualquer pessoa (“alguém”) no que concerne à prática de outro ato libidinoso.

38. Com a nova redação da *Reforma de 2009*, desaparece a restrição de que a mulher só poderia responder pelo injusto de estupro na hipótese de concurso de pessoas, como partícipe, por mandato, por instigação ou auxílio.

39. No estupro de vulnerável, a moldura normativa consiste no ato de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, incorrendo nas mesmas penas quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário (nenhum) discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.⁴² Não há de se falar em conhecimento ou dissenso de pessoa vulnerável, nem no emprego de violência ou grave ameaça, basta a prática de conjunção carnal ou de outro ato de libidinagem contra criança ou adolescente até os 14 (catorze) anos, ciente o autor desta faixa etária ou das já mencionadas circunstâncias típicas de vulnerabilidade. Na hipótese de erro de tipo em relação à faixa etária ou outra situação típica de vulnerabilidade, transmuda-se para o tipo de estupro insculpido no art. 213 do Código Penal.

⁴² Art. 217-A, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, CP.

40. A conjunção carnal no sentido legal é a cópula, primeira modalidade, resultado de uma relação heterossexual de conjunção carnal entre órgãos sexuais masculinos e femininos. O ato libidinoso, segunda modalidade, diverso da conjunção carnal, é, por sua natureza, conteúdo e significado, traduzido na intenção de o sujeito ativo despertar ou satisfazer em si ou em outrem a própria concupiscência.

41. A *unificação das antigas figuras autônomas* do estupro e do atentado violento ao pudor torna o tipo de estupro de conteúdo múltiplo variado no novo núcleo reitor típico, e faz desaparecer o questionamento dos *praeludia coiti*, inexistindo a possibilidade de concurso real ou crime continuado nas duas modalidades do tipo de injusto de estupro praticado pelo agente contra a mesma vítima, diante do mesmo quadro fático.

42. No que concerne ao *concurso de tipos penais*, lembramos que: a) as lesões corporais leves e vias de fato são absorvidas; b) em relação ao injusto de contágio venéreo, haverá a majorante de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador; se o agente desejar transmitir a doença (dolo de 1º grau),⁴³ ocorrerá o concurso ideal impróprio;⁴⁴ c) há concurso real entre o estupro e o curandeirismo; d) o estupro absorve a violação de domicílio.

43. São criadas duas *qualificadoras* no injusto do tipo de estupro: a) se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou a vítima é menor de 18 anos (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos - cominando-se pena de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos -; b) se da conduta resulta a morte - cominando-se pena de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos -,⁴⁵ sendo também considerado crime hediondo.⁴⁶ O Código Penal português criou a figura penal do “Abuso sexual de pessoa internada” diante do quadro de especial vulnerabilidade, da função e do local em que a pessoa é

⁴³ Art. 130, § 1º, CP.

⁴⁴ Art. 70, 2ª parte, CP.

⁴⁵ Art. 213, §§ 1º e 2º, CP.

⁴⁶ Art. 4º da Lei nº 12.015, de 7.8.2009.

vitimizada (hospital, hospital para tratamento psiquiátrico, asilo, estabelecimento de educação e unidades prisionais).⁴⁷

44. No que concerne às *qualificadoras*, é necessário para o seu reconhecimento que o autor tenha tido a possibilidade de prever a ocorrência de lesão corporal grave ou morte da vítima. A nosso sentir, se através de emprego da violência fica impossibilitado o agente de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso, inexistente consumação do injusto do tipo de estupro qualificado, mas, sim, injusto do tipo de estupro qualificado tentado. Há possibilidade diante do caso concreto de concurso real dos tipos de injusto tentado de estupro qualificado e vilipêndio a cadáver.⁴⁸ Sublinhe-se, novamente, que o agente deve ter conhecimento de a vítima ser maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos.

45. Se resultar gravidez, a pena será *aumentada* da metade e, de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.⁴⁹

46. É flagrante a controvertida redação do texto legal, entendendo-se que, nas hipóteses dos injustos dos tipos de estupro, *violação sexual mediante fraude e assédio sexual* (Capítulo I) e no elenco dos *crimes sexuais contra vulneráveis* (estupro de vulnerável, satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável), procede-se através de *ação penal de iniciativa pública incondicionada*.

47. A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), tipificada com a rubrica lateral de “Violação sexual mediante fraude” (“Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou por meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima”), em confronto com a versão originária, contém alargamento da previsão, mantida a conjunção carnal (*introdutio penis intra vas*) em que

⁴⁷ Art. 166 do CP português.

⁴⁸ Art. 213, § 2º, c/c arts. 14, II, e 212, CP.

⁴⁹ Art. 234-B do CP.

só pode ser sujeito passivo a mulher, na medida em que, diante da fusão dos textos, na segunda modalidade típica, pode ser sujeito passivo o homem ou a mulher, pois, além da conjunção carnal (primeira modalidade), abrange também a prática do coito anal e oral ou qualquer ato libidinoso, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade e, por consequência, *revogando* ao art. 216 do Código Penal pertinente a “atentado ao pudor mediante fraude”. É fundamental a presença do erro sobre a identidade da pessoa, isto é, do outro parceiro sexual. A especificidade do conteúdo do injusto situa-se no fato de o agente se aproveitar do erro da vítima sobre a sua identidade pessoal, desde que tal erro torne possível ou significativamente facilite a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso.

48. Se o crime é cometido com o *animus lucri faciendi*, aplica-se cumulativamente a pena de multa.⁵⁰

49. Se resultar gravidez, a pena será aumentada da metade e, de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.⁵¹

50. Na *Reforma de 2009*, no que tange ao *assédio sexual*, foi acrescentado ao art. 216-A do Código Penal o § 2º (“A pena será aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos”).

51. A *ratio* da majorante, segundo a justificação do projeto, foi ditada por dois motivos relevantes: a) o Estatuto da Criança e do Adolescente permite o trabalho para adolescentes, o que poderia colocá-los em situação de subordinação hierárquica ou de ascendência profissional; b) a necessidade de assegurar proteção às crianças e aos adolescentes envolvidos e o maior desvalor do atuar dos autores dessa relação irregular, cumulada com o assédio sexual, com destaque no trabalho doméstico.

52. Registre-se e critique-se que, em razão do veto ao parágrafo único do art. 216-A do Projeto de Lei: “Incorre na mesma

⁵⁰ Art. 215, parágrafo único, CP.

⁵¹ Art. 234-A do CP.

pena quem cometer o crime: I - prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; II - com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério”, *ficam fora da esfera do âmbito do injusto de assédio os atos praticados por padres, freiras e pastores em relação a seus subordinados, do mesmo sexo ou não.*

53. A pena é *aumentada de até uma terça parte* se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos, diante do maior desvalor da ação e do intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico, inerente ao exercício de emprego, cargo ou função.

54. Há necessidade de que fique provado que o agente era ciente da idade da vítima para o reconhecimento da majorante, diante da possibilidade do erro de tipo.

55. O legislador não fixou o marco legal mínimo de aumento, razão pela qual, diante da simetria de tratamento das majorantes no sistema legal, deve-se entender também de 1/6 (um sexto).

56. A *Reforma de 2009*, criminaliza em tipo autônomo sob a rubrica lateral “Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente” (“Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem”).⁵²

57. Se a mediação é realizada para satisfazer a lascívia de pessoa indeterminada, o injusto é do tipo de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual,⁵³ bem como é indiferente o modo da satisfação da concupiscência alheia (desde a conjunção carnal, o coito anal ou oral, até a contemplação lúdica).

58. No caso da pessoa que é favorecida para satisfazer a sua própria luxúria (“o cliente”), como mera destinatária, não incide reprovabilidade penal da norma em comento. Cuida-se da satisfação da lascívia de outrem e não da própria, salvo se a vítima do

⁵² Art. 218-B do CP.

⁵³ Art. 228 do CP.

induzimento é menor, e consciente o destinatário de que se trata de pessoa vulnerável (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável).⁵⁴

59. Há quatro circunstâncias que *qualificam* o injusto: a) menoridade da vítima;⁵⁵ b) autoridade do agente;⁵⁶ c) violência ou grave ameaça;⁵⁷ d) fim de lucro.⁵⁸

60. Na hipótese (a) se a vítima for maior de catorze e menor de dezoito anos de idade, a pena cominada será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Na hipótese de ser menor de catorze anos (outra forma de exploração sexual), há a configuração do injusto do tipo de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, na qual se inclui aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário (*rectus*: nenhum) discernimento (era inteiramente incapaz de entender) para a prática do ato, devendo ser possível ao autor o conhecimento da vulnerabilidade.⁵⁹ Justifica-se o maior rigor da resposta penal, principalmente no combate à prostituição de pessoa vulnerável. Não se exclui a possibilidade do reconhecimento do erro de tipo.

61. Na hipótese (b) do denominado lenocínio familiar, diante da qualidade do agente (ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda), embora considerando-se a enumeração taxativa, não ficam excluídos o padrasto, a madrasta, o enteado, o preceptor ou o empregador da vítima e o pai adotivo, bem como quem assume, por lei, contrato ou assunção, a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.⁶⁰ Há maior censura no obrar típico em razão da violação dos deveres de direção, assistência na esfera de âmbito familiar e de encargos judiciais.

⁵⁴ Art. 218-B do CP.

⁵⁵ Art. 227, § 1º, primeira parte, CP.

⁵⁶ Art. 227, § 1º, segunda parte, CP.

⁵⁷ Art. 227, § 2º, CP.

⁵⁸ Art. 227, § 3º, CP.

⁵⁹ Art. 218 do CP.

⁶⁰ Art. 231-A, § 2º, II, CP.

62. Já na hipótese (c), o Código repete o maior desvalor da conduta quando há emprego de violência (*vis corporalis*), grave ameaça (*vis compulsiva*) ou fraude, cominando a pena privativa de liberdade de reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência (a lesão corporal de natureza grave e a morte não constituem qualificadoras).

63. Finalmente, na hipótese (d) do lenocínio questuário (finalidade lucrativa), em razão da maior censura, como diz a legislação portuguesa, o “profissionalismo ou intenção lucrativa”, a resposta penal será cumulativa, pois, além da pena privativa de liberdade, há também a pena de multa.

64. No tipo de *favorecimento da prostituição*⁶¹ (“Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone”), e com a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), foi ampliada a esfera de abrangência pertinente ao tipo de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual no sentido de maior proteção à vítima nos injustos contra a dignidade da pessoa humana, com a adição da pena de multa, tendo o legislador optado pela criação de uma figura penal autônoma dirigida à proteção específica das pessoas vulneráveis (“Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual, alguém menor de 18 anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário (nenhum) discernimento para a prática do ato facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone”), cominando a pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos,⁶² com a forma qualificada e na hipótese de praticado com o *animus lucri faciendi* (regra geral do atuar), aplica-se cumulativamente a pena de multa.⁶³ Incidem nas mesmas penas quem (cliente) praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos,⁶⁴ bem como o proprietário, gerente ou responsável pelo local em que se verifiquem as

⁶¹ Art. 228 do CP.

⁶² Art. 218-A do CP.

⁶³ Art. 218-A, § 1º, CP.

⁶⁴ Art. 218-A, § 2º, I, CP.

práticas descritas na moldura normativa típica.⁶⁵ O estabelecimento (local) terá a cassação da licença e do funcionamento, como efeito obrigatório da condenação.⁶⁶

65. “A *Reforma de 2009*, manteve a rubrica lateral de *Casa de Prostituição*, não tendo sido acolhida a proposta pela redação final do substitutivo da Câmara dos Deputados (2005), que dava o *nomen iuris* de “Manutenção de estabelecimento de exploração sexual”, mas modificou o texto de 1940 para substituir a expressão “casa de prostituição ou lugar destinado para fim libidinoso” por “estabelecimento em que ocorra exploração sexual”.

66. Com a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, passou-se a fazer constar como elemento normativo do tipo de injusto de casa de prostituição o “estabelecimento em que ocorra exploração sexual”, possibilitou-se abarcar na esfera de ilicitude qualquer lugar, residência ou estabelecimento com destinação habitual e principal, não mais exclusiva, em que ocorra exploração sexual.

67. Assim, só se refere a estabelecimento em que *ocorra* (habitualidade) a exploração sexual habitual, e sendo a *finalidade principal e não exclusiva o comércio sexual*, desde o velho lupanar até as modernas danceterias e sofisticadas casas de relaxamento (*relax for men*), admitindo-se a inexistência da vantagem econômica ou do fim lucrativo (*animus lucri faciendi*) para as pessoas exploradas (“haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário”).⁶⁷ A casa de prostituição não é lugar de orações, mas de comércio sexual. A exploração mercenária configura qualificadora (multa).

68. O nosso Código Penal de 1940 criminalizou a conduta sob o *nomen iuris* de *rufianismo* (“Tirar proveito de prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça”).

69. A *Reforma de 2009*, dá nova redação aos parágrafos 1º (“Se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos ou se o crime

⁶⁵ Art. 218-A, § 2º, II, CP.

⁶⁶ Art. 218-A, § 3º, CP.

⁶⁷ Art. 229, *in fine*, CP.


é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”), mantida a resposta penal originária; e 2º (“Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade”), também mantida a resposta penal originária.

70. No que tange ao tráfico internacional de pessoa para o fim de exploração sexual, a *Reforma de 2009* traz modificações redacionais e ajustes de fundo na esfera de âmbito normativo alargado (agenciar, aliciar, comprar pessoa traficada, transportá-la, transferi-la ou alojá-la, tendo conhecimento de tal condição) diante da contextualização do texto da Reforma em relação às *quatro majorantes* (a) vítima menor de 18 (dezoito) anos; b) a vítima por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário (*rectus*: nenhum) discernimento para a prática do ato; c) o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu por força de lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; d) emprego de violência, grave ameaça ou fraude) e a qualificadora pertinente à cumulação da multa. O *nomen iuris* fica preciso diante de seu objetivo “Tráfico internacional de pessoa para o fim de exploração sexual”.

71. O injusto incrimina o ato de promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém (homem ou mulher), adulto ou pessoa vulnerável, que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual ou a saída de alguém (homem ou mulher) que vá exercê-la no estrangeiro, bem como venha agenciar, aliciar, ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

72. No que concerne ao *Tráfico interno de pessoa para o fim de exploração sexual*, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, criada por meio do Requerimento nº 2, de 2003, com o objetivo de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual (sentido amplo) de crianças e adolescentes, registrou que,

no tráfico para fins sexuais, é relevante o papel da globalização (tecnologia, sistemas de transporte, internacionalização da economia e desregulamentação dos mercados), facilitando a atuação das máfias no mercado internacional de tráfico humano.⁶⁸

73. A *Reforma de 2009*, sob a rubrica lateral de “Tráfico interno de pessoa para o fim de exploração sexual” redesenha o texto nuclear essencial típico (“Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual”),⁶⁹ “incorrendo na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la”.⁷⁰ Acrescenta quatro majorantes e uma qualificadora, repetindo a modelagem normativa do Tráfico Internacional de pessoa para o fim de exploração sexual.⁷¹ 

⁶⁸ *Diário do Senado Federal*, relatório nº 1, 2004-CN,56.

⁶⁹ Art. 231-A do CP.

⁷⁰ Art. 231-A, § 1º, CP.

⁷² Art. 231-A, § 2º, I, II, III e IV, e § 3º, CP.